

TRA 2016/58

## Kroniek rechtspraak Wwz

Prof. mr. B. Barentsen &amp; mr. dr. M.Y.H.G. Erkens, m.m.v. H. L. Doorn, datum 24-05-2016

**Datum**

24-05-2016

**Auteur**Prof. mr. B. Barentsen & mr. dr. M.Y.H.G. Erkens, m.m.v. H. L. Doorn<sup>[1]</sup>**Folio weergave**[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)**Vakgebied(en)**

Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht

Deze kroniek betreft de Wwz-rechtspraak in de periode februari-maart 2016.

### Overzicht rechtspraak

#### I. Wwz-algemeen

Twee uitspraken gaan over de rechtsgeldigheid van een non-concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De drempel ligt hoog voor de werkgever, maar toch zijn zulke bedingen soms toch geldig. Een werkgeefster houdt zich bezig met zwembadtechniek en wellnessbouw. Zij is gericht op een exclusieve en gesloten markt. De werknemer in kwestie verricht regelmatig onderhoudswerkzaamheden bij de belangrijkste klanten van de werkgeefster. Hij is daardoor goed op de hoogte van de daar aangebrachte installaties. Naast deze klantinformatie heeft hij wetenschap van de prijsstelling van de diverse producten, de omzetten en de bedrijfsresultaten. De Kantonrechter Arnhem oordeelt dat de werkgeefster daarom voldoende zwaarwegende bedrijfsbelangen heeft ter rechtvaardiging van het non-concurrentiebeding.<sup>[2]</sup> In de andere zaak gaat het ook over een werknemer die beschikt over concurrentiegevoelige informatie. De kantonrechter oordeelt echter in kort geding dat niet aannemelijk is dat de werknemer na vertrek bij de werkgever nog toegang zou hebben tot die gegevens. Daarom ontbreekt de rechtvaardiging voor het non-concurrentiebeding.<sup>[3]</sup>

#### II. Wwz-ontbindingsverzoeken

Ontbindingsverzoeken zijn wederom de voornaamste bron van Wwz-uitspraken. Inmiddels hebben ook verschillende gerechtshoven in hoger beroep over ontbinding geoordeeld. Hier volgt een greep uit die uitspraken in appel, in chronologische volgorde.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt over een ontbinding op de d-grond. Ook de uitspraak in hoger beroep leest als een uitgebreid functioneringsverslag: verbetertraject volgt op verbetertraject, gedurende meerdere jaren.<sup>[4]</sup> Dodelijke opmerking in een personeelsenquête over deze werknemer, een schooldirecteur, is dat hij 'als persoon' wordt gerespecteerd en ook 'heel aardig' is. Als leidinggevende zien zij, en met hun de werkgever, hem echter niet meer zitten. Ook het hof oordeelt dat werknemer disfunctioneert en dat er aan de werknemer voldoende verbeterkansen geboden zijn. Vermeldenswaardig is, dat het hof verwijst naar het vervallen Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV, nu met de Wwz niet is beoogd daar inhoudelijk van af te wijken. Daaruit leidt het hof af dat de werkgever slechts aannemelijk hoeft te maken dat sprake is van disfunctioneren. Hard bewijs is niet vereist.<sup>[5]</sup> In navolging van de parlementaire geschiedenis ontleent het hof de inhoudelijke criteria voor de beoordeling van een disfunctioneringsontslag aan die vervallen regels.<sup>[6]</sup>

In de zaak waarin de werkgever dreigde pikante privé e-mails aan de werkneemster openbaar te maken als zij geen beëindigingsovereenkomst zou tekenen, deed de werkneemster een ontbindingsverzoek. In eerste aanleg werd de ontbinding uitgesproken, zonder vergoeding.<sup>[7]</sup> Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelt dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, en wijst de gevraagde billijke vergoeding toe.<sup>[8]</sup>

Een buschauffeur waarover al jaren door passagiers wordt geklaagd, wordt ontslagen op de e-grond. De werknemer betoogt dat de aanleiding voor het ontslag geen klacht was, maar een door hem veroorzaakte schade. Dat is wat anders dan waarvoor de werkgever hem had gewaarschuwd. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelt echter dat het de werknemer duidelijk had moeten zijn dat van hem geen enkel wangedrag meer zou worden getolereerd.<sup>[9]</sup>

Het Hof Amsterdam acht een ontslag op de d-grond terecht. Het hof oordeelt dat de werkgever er vanaf 2011 alles aan gedaan heeft om de werkneemster, een rij-examinator, in staat te stellen haar functioneren te verbeteren.<sup>[10]</sup>

In een zaak bij het Hof 's-Hertogenbosch had de werkgeefster ontbinding op de g-grond verzocht, omdat de verhoudingen op het werk verstoord zouden zijn geraakt vanwege een (buitenechtelijke) relatie tussen collega's. Het hof oordeelt dat door de werkgever onvoldoende serieuze pogingen tot verbetering van de persoonlijke verhoudingen zijn gedaan. Evenals de kantonrechter ziet het hof onvoldoende grond voor ontbinding.<sup>[11]</sup>

### III. Opzegging, inclusief ontslag op staande voet

De Kantonrechter Leeuwarden veroordeelt een werknemer op grond van art. 7:677 lid 2 en 3 BW tot een schadevergoeding van € 15.000 aan zijn (voormalig) werkgever, het UWV. De werknemer gebruikte privacygevoelige gegevens van het UWV voor eigen gewin. Dat leidt tot een ontslag op staande voet.<sup>[12]</sup>

### IV. Procesrecht

Het Hof Arnhem-Leeuwarden acht een voorwaardelijke ontbinding, verwijzend naar de rechtszekerheid, óók onder het nieuwe recht mogelijk.<sup>[13]</sup>

Hoger beroep onder de Wwz levert ingewikkelde puzzels op, blijkt uit een uitspraak van het Gerechtshof Den Haag.<sup>[14]</sup> Het in eerste aanleg vernietigde ontslag op staande voet van een medewerkster in de kinderopvang die een kind ruim anderhalf uur alleen in een auto achterlaat, wordt door het hof wel gerechtvaardigd geoordeeld. Ingevolge art. 7:683 lid 6 BW dient het hof vervolgens een tijdstip te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Dat tijdstip mag volgens de wetsgeschiedenis niet in het verleden liggen. De wonderlijke consequentie daarvan is, dat de werkgever die terecht op staande voet heeft ontslagen toch een aantal maanden loon moet doorbetalen. In dit geval had de kantonrechter de arbeidsovereenkomst wel ontbonden, maar de ontbindingsdatum lag voor de uitspraakdatum in hoger beroep. Het hof kiest daarom 'in dit speciale geval' voor de ontbindingsdatum als ingangsdatum voor het ontslag op staande voet, anders zou de werkgever slechter worden van een geslaagd hoger beroep.<sup>[15]</sup> Processuele complicaties beletten het hof in dit geval om simpelweg de ontbinding door de kantonrechter in stand te laten. Gewoonlijk kan dat, omdat het ontslag op staande voet niet terugwerkt en de ooit uitgesproken ontbinding dus van kracht blijft.

### De klare lijn

Een klare lijn ontbreekt vooralsnog wat de hoogte van de billijke vergoeding betreft, zie hierna.<sup>[16]</sup> Wat het recht op de billijke vergoeding betreft, is er iets meer duidelijkheid.

De verschillende juridische grondslagen van de billijke vergoeding dienen goed van elkaar te worden onderscheiden. Dat gebeurt niet altijd in de uitspraken. De *expliciete* eis van verwijtbaarheid wordt gesteld in art. 7:671b, 671c, 673 lid 9 en 682 lid 1 sub b en c, lid 2 sub b en lid 3 sub b BW. Hierbij dient de werknemer aan te tonen dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld (categorie I).<sup>[17]</sup> Bij de *impliciete* ernstige verwijtbaarheid van art. 7:681 BW hoeft de werknemer geen verwijtbaarheid aan te tonen. Die is volgens de wetsgeschiedenis gegeven wegens het schenden van de in dat artikel genoemde voorschriften, bijvoorbeeld opzeggen zonder UWV-toestemming (categorie II).<sup>[18]</sup> De in art. 7:683 lid 3 BW genoemde billijke vergoeding is een *alternatief voor herstel* van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep (categorie III). Daar speelt ernstige verwijtbaarheid geen rol voor de vraag of de werknemer recht heeft op de vergoeding. Om toe te komen aan een billijke vergoeding, moet in categorie I-zaken als eerste worden vastgesteld dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. Volgens de regering gaat het daarbij om 'uitzonderlijke gevallen'. Als voorbeelden worden onder meer genoemd een als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever verstoorde arbeidsrelatie en discriminatie.<sup>[19]</sup> Of zich zo'n extreem geval voordoet, is vatbaar voor meningsverschillen. De hiervoor genoemde met e-mails chanterende werkgever handelt volgens de kantonrechter niet ernstig verwijtbaar, volgens het hof wél.<sup>[20]</sup>

In categorie II zijn zeven uitspraken gepubliceerd. Art. 7:681 BW laat de werknemer de keuze om de opzegging te laten vernietigen of een billijke vergoeding te vragen. Wanneer de werknemer zich neerlegt bij het einde van het dienstverband en een billijke vergoeding verzoekt, zal er vaak tevens recht bestaan op de vergoeding van art. 7:672 lid 9 BW vanwege onregelmatige opzegging. In twee van de gepubliceerde zaken is die laatste gefixeerde schadevergoeding opgeteld bij de transitievergoeding en is een billijke vergoeding ter hoogte van het samengestelde bedrag toegekend.<sup>[21]</sup>

### De verdieping

Er is tot 1 maart 2016 plusminus € 500.000 aan billijke vergoedingen uitgekeerd. Absoluut is dat in een periode van ruim een half jaar tamelijk bescheiden. Over het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding bestaat nog veel onduidelijkheid. Met € 80.000 is de jackpot op 14 maart 2016 in Almelo gevallen.<sup>[22]</sup> De laagste billijke vergoeding (€ 200) werd toegekend door de Kantonrechter Maastricht.<sup>[23]</sup> Hoe komen die verschillende bedragen tot stand? En hoe laag of hoe hoog is € 200 of € 80.000?

In de wetsgeschiedenis wordt vooral gezegd wat er *niet* mag. Formules en standaarden kunnen niet, want het gaat om heel

bijzondere gevallen waar een op de individuele omstandigheden toegespitste vergoeding bij hoort. In de billijke vergoeding kan niet tot uitdrukking komen of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, omdat die al zijn verdisconteerd in de transitievergoeding.

Hoe het *wel* moet, blijft vaag. De hoogte van de billijke vergoeding moet in relatie staan tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever. Als ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan dient de werknemer hiervoor te worden gecompenseerd, ook om dergelijk wangedrag van de werkgever te voorkomen. De hoogte van de billijke vergoeding moet daarom worden bepaald op een wijze die en op een niveau die aansluiten bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval, waarbij criteria als loon en lengte van het dienstverband geen rol *hoeven* te spelen.<sup>[24]</sup> Er kan wel rekening worden gehouden met de financiële situatie van de werkgever.<sup>[25]</sup>

Het Hof Den Haag heeft geoordeeld dat de gevolgen van het ontslag – pensioen- en inkomensschade – in de zaak van een weggetreiterde werknemster *wél* mee mochten wegen.<sup>[26]</sup> Gezien de wetsgeschiedenis oordeelt het hof echter dat dit alleen in uitzonderingsgevallen is toegestaan.

Wij menen dat de warrige wetsgeschiedenis te weinig houvast biedt voor deze terughoudendheid. Het lijkt erop dat bedoeld is dat het oude gevolgcriterium niet langer geldt, in die zin dat onevenredige gevolgen van het ontslag geen recht op vergoeding scheppen. Toegegeven: bij een grammaticale uitleg van de wetsgeschiedenis zouden de gevolgen buiten beeld moeten blijven bij de berekening van de vergoeding, niet alleen bij de vaststelling van het recht. De parlementaire geschiedenis moet worden 'gehavilt'.

Van belang is dat de billijke vergoeding alleen in uitzonderlijke gevallen mag worden toegekend. Het lijkt ons lastig om binnen die categorie ook nog eens uitzonderlijke uitzonderingsgevallen te onderscheiden. Het lijkt ons raadzaam om voor de berekening van de vergoeding vooral acht te slaan op de grondslag ervan. Is dat het bieden van een zekere compensatie voor onaanvaardbaar gedrag van de werkgever of is dat het bieden van een alternatief voor herstel/voortzetting van de baan die eigenlijk niet beëindigd had mogen worden? In dat laatste geval ligt het vergoeden van schade – de tegenwaarde van het dienstverband – voor de hand.

Absolute bedragen zeggen niet veel over de hoogte van de billijke vergoeding. Een vergoeding van € 200 is niet hoog, maar de achtergrond verklaart veel. Het ging in deze zaak om zorgovereenkomst in de vorm van een arbeidsovereenkomst met een PGB-budgethouder, die was opgezegd in strijd met art. 7:671 BW. Vanwege de onregelmatige opzegging moest een vergoeding van € 3.900 worden betaald, die ten laste kwam van het PGB-budget. Dat bedrag kon niet meer worden aangewend waarvoor het eigenlijk bedoeld was: het inkopen van zorg op maat. Tegen die achtergrond valt het toegewezen (symbolische) bedrag van € 200 beter te plaatsen. Waarschijnlijk vond de rechter het schenden van art. 7:681 BW ook niet al te ernstig verwijtbaar, wat de wetsgeschiedenis daarover ook mag over veronderstellen. De 'topvergoeding' van € 80.000 is, gelet op de hoogte van het maandsalaris en de duur van het dienstverband (bijna 40 jaar) misschien weer wat minder hoog dan ze op het eerste gezicht lijkt.

De nieuwe ontslagvergoedingen worden vaak vergeleken met de vergoeding volgens de oude kantonrechterformule. Frikkee en Smorenburg hebben berekend dat de toegekende billijke vergoedingen, opgeteld bij de in die zaken verschuldigde transitievergoeding ongeveer 80% bedraagt van de vergoeding volgens de neutrale kantonrechtersformule. De correctiefactor bedraagt nu dus  $C=0,8$ . Let wel: dat is in gevallen waarin de werkgever zich ernstig heeft misdragen! Wij zijn ook aan het vergelijken rekenen geslagen en hebben gekeken naar de transitievergoeding. In veel gevallen is de hoogte van de billijke vergoeding gekoppeld aan de transitievergoeding. We noemen dit het *transitie-elastiek*: beide vergoedingen zijn op een elastische wijze met elkaar verbonden. De Kantonrechter 's-Hertogenbosch, die de billijke vergoeding vaststelde op de hoogte van de transitievergoeding, lijkt school te hebben gemaakt.<sup>[27]</sup> Anders dan in die zaak, wordt doorgaans geen expliciete koppeling gemaakt met de transitievergoeding. Toch is er een onmiskenbaar verband. De billijke vergoeding ligt vaak in dezelfde orde van grootte als de transitievergoeding, of is daar zelfs precies gelijk aan.<sup>[28]</sup> Soms bedraagt de billijke vergoeding een exact twee- of drievoud van de transitievergoeding.<sup>[29]</sup> Blijkbaar voelt de rechter zich in het algemeen niet vrij om écht fors uit te halen. De transitievergoeding functioneert bewust of onbewust als een vergoedingsbegrenzer.

In enkele uitspraken is de billijke vergoeding lager dan de transitievergoeding. Het transitie-elastiek ontbreekt daar.<sup>[30]</sup> Het elastiek is ook afwezig als de werknemer binnen twee jaar wordt ontslagen en er dus geen recht op transitievergoeding bestaat.

Bij gebrek aan ander houvast, vormt de transitievergoeding kennelijk vaak een richtsnoer. Nogmaals: de gevolgen van het ontslag mogen *wél* worden meegewogen, en niet alleen in uitzonderingsgevallen. Voor zover het om een 'echte' vergoeding naar billijkheid gaat, blijkt dat billijkheidsoordeel ook onder de Wwz in een elastische formule te vangen te zijn. Plus ça change...

#### Voetnoten

[1]

Prof. mr. B. Barentsen (m), mr. dr. M.Y.H.G. Erkens (v) & H. L. Doorn (m) zijn alle drie verbonden aan de afdeling Sociaal recht van de Universiteit Leiden. De eersten als respectievelijk hoogleraar en universitair hoofddocent, de laatste als student-assistent. Prof. mr. B. Barentsen is raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Den Haag. Mr. dr. M.Y.H.G. Erkens is kantonrechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Limburg.

[2]

Ktr. Arnhem 9 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1385.

[3]

Ktr. Utrecht 19 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1216.

[4]

In eerste aanleg: Ktr. Leeuwarden 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611, *JAR* 2015/197, m.nt. mr. dr. A. van Zanten-Baris.

[5]

Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761.

[6]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 43 (MvT). Kritisch: J.M. van Slooten, 'Wat er niet in de Ontslagregeling staat en de gevolgen daarvan', *NJB* 2015/1189.

[7]

Ktr. Eindhoven 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5275, *JAR* 2015/251.

[8]

Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320, *JAR* 2016/77, m.nt. A.M. Helstone (r.o. 3.22).

[9]

Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:495.

[10]

Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:657.

[11]

Hof 's-Hertogenbosch 25 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:705.

[12]

Ktr. Leeuwarden 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:716.

[13]

Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1116.

[14]

Hof Den Haag 23 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:435.

[15]

Zie r.o. 19.

[16]

Zie o.a. S.F. Sagel, 'Wwz: pas toe en leg uit!', *TRA* 2016/1, afl. 1; C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, 'Berekening van een billijke vergoeding', *ArbeidsRecht* 2016/11; S.S.M. Peters, 'Billijke vergoedingen hausse in 2016: onttaardt het door de wetgever geregisseeerde strakke ballet in een losbandige lambada?', *AR Updates* 15 maart 2016.

[17]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4](#), p. 15.

[18]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4](#), p. 61.

[19]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 34.

[20]

Zie Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

[21]

Ktr. Arnhem 7 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:543; Ktr. Roermond 5 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9351.

[22]

Ktr. Almelo 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

[23]

Ktr. Maastricht 1 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1789.

[24]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 33.

[25]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 32-34; [Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7](#), p. 91.

[26]

Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

[27]

Ktr. 's-Hertogenbosch 1 september 2015, AR 2015-0865, zaaknummer 4336312.

[28]

Ktr. Enschede 27 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5275; Ktr. Almelo 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

[29]

Tweemaal: Ktr. Enschede 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212; Ktr. Enschede 26 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:675; Ktr. Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752; Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320. Driemaal: Ktr. Leeuwarden 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715; Ktr. Leeuwarden 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714; Ktr. Lelystad 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986; Ktr. Rotterdam 16 oktober 2015, zaaknr.: 5369522/HA VERZ 15-180.

[30]

Ktr. Leeuwarden 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423; Ktr. Breda 25 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8520; Ktr. Utrecht 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854; Ktr. Amsterdam 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278; Ktr. Alkmaar 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, AR 2015-1111.